Le droit romain a-t-il influencé le droit islamique ?

par le professeur Muhammad Hamidullah,

L'article intitulé : Considerazioni sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano, *contenu dans l'ouvrage posthume du professeur C.-A. Nallino :* Raccolta di scritti editi e inediti, *t. IV, Rome, 1942, p. 85-94, est traduit avec la bienveillante permission de Mlle Maria Nallino et de l'Istituto per l'Oriente, qui détiennent conjointement le droit de publication. Il s'agit, à l'origine, d'une communication faite au Congrès international du droit romain (Rome, 1933).*

CE ne sont de ma part que des considérations générales, d'un caractère essentiellement historique ; observations de telle nature qu'il soit permis à un non-juriste (comme moi) de les exposer devant une assemblée de nombreux et illustres juristes comme celle-ci.

Si je ne me trompe, le premier à soutenir la dérivation substantielle du droit musulman du droit romain fut, en 1865, Dominico Gatteschi (dans son « Manuale di diritto pubblico e privato ottomano », Alexandrie, 1865), avocat à la cour d'appel mixte d'Alexandrie, membre de l'Institut d'Egypte, homme qui ne connaissait ni l'arabe ni le turc, mais plein d'intérêt pour les questions juridiques et judiciaires concernant l'Egypte et l'Empire ottoman, sujets sur lesquels il a rédigé des ouvrages qui ne manquent pas de valeur. Partant de la raison historique, a priori bien discutable, et de nombreuses analogies entre les deux droits de Justinien et de l'Islam, il supposa que l'introduction des normes romaines dans l'Islamisme avait été facilitée en déguisant ces normes sous le couvert des « Hadiths » apocryphes attribués à Muhammad (Prophète de l'Islam).

Depuis lors, cette dérivation se trouve soutenue avec une infinité de nuances, soit très nettement, soit comme quelque chose d'assez probable ; et cela, ou bien par des juristes non orientalistes — certains d'entre eux ont directement affirmé que le droit musulman « au fond c'est du droit romain à peine altéré » (Henri Hugues, 1880) — ou bien par de tels spécialistes des choses musulmanes, qui sont, de leur côté, médiocrement équipés quant au droit.

Mais, en réalité, personne n'a considéré le problème dans sa grande complexité. Les Islamisants, partisans de la dérivation, se sont bornés ou bien aux affirmations générales — fruits de calculs de probabilité plutôt que d'une étude profonde —, ou bien à rechercher des points très spéciaux, ou encore à rassembler des parallèles — impressionnants quelquefois, mais non probants — entre les normes musulmanes particulières et les normes romaines particulières, parallèles qui, sans doute, offrent un précieux matériel pour la question, mais qui sont bien loin de la résoudre.

Au pôle opposé sont quelques Musulmans modernes qui, à la suite d'un écrit du Persan bahâïte Abu'l-Fadl al-Jurfâdqânî (de 1911), dont le texte a été traduit en arabe dans le « Muqaddimat al-qawânîn », de 'Abd al-Jalîl Sa'd), affirment comme dérivé du droit musulman ce que les Européens réclament comme droit romain.

LES ISLAMISANTS MODERNES.

Dans le camp des Islamisants modernes, la tendance semble être vers le scepticisme. Mais ce sont aussi des impressions générales.

Or je voudrais apporter à la fois les raisons de mon propre scepticisme concernant une profonde influence du droit romain — à l'entendre au sens le plus large — sur le droit musulman, et indiquer quelques points qui me semblent ou bien complètement négligés, ou bien pris en considération d'une manière trop insuffisante par ceux qui ont exprimé leur opinion concernant les rapports entre ces deux droits :

1. Une grave confusion naît précisément de ce qu'on oublie d'indiquer ce qu'on veut entendre par « droit musulman », à propos du susdit problème. Cette expression : « droit musulman », assume auprès des Européens diverses significations. Pour la plupart, à défaut d'un terme correspondant en langues et systèmes européens, on se contente de rendre ce que les Musulmans nomme « Fiqh » comme la partie de la loi religieuse (charî'ah), qui réglemente l'activité extérieure du croyant envers Dieu, envers soi-même et envers autrui. Si cela implique beaucoup plus d'un côté, cela, d'autre côté, implique beaucoup moins que ce qui, dans la conception occidentale, est le « droit » : pratiques du culte — au sein duquel nous trouvons inscrites les normes qui, pour nous, ressortiraient du droit public, comme certaines parties du système tributaire et le régime des mines et des minéraux —, droits de la famille, des personnes et de la succession, droits patrimoniaux (y inclus le « waqf »), droits judiciaire et pénal, droits de guerre et, en outre, les matières qui, à un Occidental, sembleraient plutôt des rites religieux, comme les serments et les vœux, les abattoirs ordinaires et l'égorgement des victimes sacrificatoires, les aliments et les boissons licites et illicites, formalités rituelles de chasse et de pêche, les vêtements (permis ou défendus). Vice versa sont exclus du « Fiqh », puisque dépourvus de tout rapport avec les éléments fournis par les textes sacrés, des parties importantes du droit public ainsi que certaines du droit privé, par exemple, la doctrine de l'Etat et de son chef, beaucoup de parties du droit administratif (appelé « as-siyâsah ach-char'iyah » : réglementation de la chose publique d'une manière qui ne contredit pas la « charî'ah »).

Mais quelques autres fois le droit musulman se fait comprendre à nos savants (occidentaux) d'une manière assez différente du « Fiqh », à savoir comme un extrait arbitraire de telles parties du « Fiqh » qui sont vraiment juridiques, selon les conceptions occidentales, y ajoutant, en outre, soit de telles matières, surtout de droit public, qui sont pour les Musulmans « as-siyâsah ach-char'iyah », soit celles qui ont été ajoutées (tolérées dans une époque tardive) au « Fiqh », par exemple, les contrats emphytéotiques reconnus comme légitimes seulement à une époque très tar-

dive, en connexion avec le grand développement des « waqf » et des « iqtâ' » (fiefs) dans les pays musulmans méditerranéens.

Une autre fois, enfin, et surtout dans l'ambiance coloniale, on voit réclamer comme droit musulman le droit en usage auprès des Musulmans d'une région quelconque, tout comme des parties du « Fiqh » qui ne sont pas tombées pratiquement en désuétude, et tout cela avec le droit local purement coutumier ne se rattachant aucunement à l'Islamisme.

RAPPORTS AVEC LE DROIT ROMAIN.

Chacun voit combien différemment se pose le problème des rapports avec le droit romain, suivant que le droit musulman se prend dans tel sens plutôt que dans tel autre des trois acceptions susmentionnées.

1. Finalement, chez plusieurs de ceux qui expriment leur opinion concernant les rapports précités, il n'est pas clair s'ils entendent soutenir une dépendance du droit musulman du droit romain, seulement en fait de normes positives, ou aussi en tant que science du droit — comme il l'est, en effet, d'après quelques opinions — ou au moins en ce qui concerne la méthode de classement du matériel dans les livres (de droit).

2. Avant toute discussion, il serait indispensable d'établir quel fut l'état du droit arabe — ou des droits arabes — avant l'Islam. Si cette recherche fondamentale nous a manqué jusqu'ici en grande partie, c'est, par contre, sa nécessité même qui a été complètement négligée par ceux qui, en dehors du droit familial, successoral, pénal et judiciaire, comparent ce droit à un champ vide qui a été rempli peu à peu par des droits étrangers, dans les temps postérieurs à Muhammad, par l'influence des peuples non arabes rapidement assujettis et islamisés.

Cependant l'existence des droits arabes préislamiques développés est hors de doute. Ne parlons pas seulement de l'Arabie du Sud-Ouest, siège d'une très ancienne civilisation, qui remonte à un âge antérieur à la fondation de Rome, qui fut dotée d'organismes étatiques solidement constitués en type monarchique, qui connaissait la publication des contrats par le moyen des inscriptions sur pierre ou sur bronze, et aussi une législation souveraine écrite. En effet, en 1927 fut publiée une épigraphe sabéenne qui contient le décret par lequel Chamir Yuhar'ich (cir. 280 de l'ère chrét.), roi de Saba et de Dhou-Raidân, établit les limites et les normes du droit de récession dans les cas d'achat d'animaux et d'esclaves. Parlons encore des populations sédentaires du Hijâz au moment où l'Islam allait apparaitre vers l'an 600 chr. Déjà depuis des siècles, le droit patrimonial ne pouvait n'avoir pas eu un développement notable : il suffit de penser aux grandes opérations caravanières et commerciales, à caractère international, des Quraichites de La Mecque, aux grands services de la fourniture des vivres et de la police (escorte) liés au pèlerinage annuel de la Ka'bah ; contrats agricoles des oasis de Médine, de Tabouk, de Taimâ', d'al-Yamâmah, etc. Il est clair que les germes d'une grande partie au moins du droit patrimonial islamique devaient exister chez cette population bien avant Muhammad.

Sans doute, on peut penser à des infiltrations romaines dues aux contacts avec la Palestine et la Syrie ; mais dans un tel cas, précisément, les infiltrations auraient pénétré ensuite dans le droit musulman par la voie arabe préislamique, et non pas depuis les grandes conquêtes des Arabes en dehors de leur péninsule. Et, en outre, tout cela serait dans le domaine de la pure conjecture, manquant de base dans les faits connus à ce jour ; et même alors on se heurterait encore à la difficulté qui surgirait de tels faits mêmes : me limitant, ici, à citer la plus notoire attestation de Théodorite, de la première moitié du Ve siècle chr., qu'aux confins extrêmes de l'Empire (romain) existent des populations assujetties

à Rome, à qui le droit romain ne s'applique pas ; et Théodorite spécifie, entre autres, « les nombreuses tribus ismaéliennes, i. e., arabes (« ta pampolla phula tou Ismael »).

DROIT PATRIMONIAL PREISLAMIQUE.

Reste la question de savoir s'il serait possible de reconstruire — partiellement, bien entendu — le droit patrimonial préislamique des territoires dans lesquels l'Islamisme naquit et se développa durant la vie de Muhammad ; question qui se résoudrait en un sens presque totalement négatif, si nous devions nous limiter au matériel offert par la poésie arabe et par les récits des temps préislamiques et du premier siècle de l'Hégire, repoussant les informations provenant du « Hadith ». Très grande est la méfiance des Islamisants modernes concernant cette source d'information (Hadith), méfiance qui serait justifiée à propos des matières théologiques, politiques, morales, etc. mais il me semble que le cas serait différent dans le domaine du droit proprement dit. Le nombre de Hadîths (paroles du Prophète) à contenu juridique n'est pas de plusieurs milliers comme dans les domaines susdits ; par contre, il est restreint, et, entre eux, on ne rencontre pas de tels phénomènes qui ont bien été révélés — [mais pas nécessairement correctement ; « traducteur »] — par Snouck-Hurgronje pour d'autres matières, d'un Hadîth qui affirme blanc sur une question donnée, d'un autre qui affirme noir, et, enfin, un troisième qui, moyennant une nuance d'expression presque imperceptible, vient d'établir une affirmation intermédiaire et réconcilie les deux opposés. Sur le terrain juridique, les différentes écoles, dans les questions disputées, ne se combattent pas pour la plupart à coup de Hadiths différents, mais, au plus, sur la base de diverses interprétations d'un même Hadîth ; comme c'est le cas, pour citer un seul exemple, du « khiyâr al-majlis » (c'est-à-dire l'autorisation de révoquer un contrat de vente-achat avant que les parties se séparent), accueilli par les Châfi'ites, les Hanbalites et les Chî'ites de douze imâms, et repoussé par les Mâlikites et les Hanafites, et cela seulement pour les différentes interprétations du même texte. Cependant combien d'occasions ne se seraient-elles pas présentées aux premières générations musulmanes, pour fabriquer les Hadîths apocryphes dans l'incertitude et l'inconsistance des opinions, surgissant, par exemple, concernant l'institution des « waqf », objet d'innombrables controverses, concernant le « rahn » (hypothèque) et autres points de la plus grande importance! Par contre, dans de telles matières, le nombre des Hadîths apportés par les juristes musulmans, soutenant leurs normes, est bien limité.

Un pareil ensemble de faits me porte à être optimiste concernant l'usage du Hadîth pour la reconstruction des parties du droit arabe préislamique.

3. En faveur de l'existence d'un droit arabe préislamique notablement développé milite aussi le fait — dont personne jusqu'à présent ne semble avoir tenu compte — qu'une grande partie du droit musulman, y compris le droit patrimonial, était déjà formée dans le premier siècle de l'Hégire. Si une telle formation précoce ne devait pas exister, il me semble que rien ne pourrait expliquer l'autre circonstance que — si l'on en excepte la question de la « mut'ah » (mariage temporaire) — les différences entre les systèmes juridiques des sectes musulmanes minoritaires (1) [chî'ites, khârijites] et les écoles majoritaires (2) [sunnites] ne soient pas plus grandes que celles existant entre les quatre écoles sunnites. Cela présuppose, si je ne me trompe, que le droit musul-

(1) (2) Le texte porte ici respectivement « hétérodoxes » et « orthodoxes », que nous avons remplacé par minoritaires et majoritaires. (Traducteur.)

man, en général, s'est formé avant les schismes dus aux grandes divergences dogmatiques, et que la tradition de l'existence des « fuqahâ' » (juristes) médinois, dans les générations succédant à celle de Muhammad, mérite beaucoup plus de confiance qu'on ne le pensait généralement. Il faut aussi noter que les Chî'ites n'ont pas eu le pouvoir politique dans le premier et le deuxième siècles de l'Hégire, et ils ont ainsi construit leur système juridique sans la possibilité de son application pratique. Cela aurait pu leur laisser plus de liberté de mouvement qu'aux Sunnites orthodoxes obligés de tenir compte de la réalité de la vie.

4. Tout de suite après la mort de Muhammad, les Arabes submergèrent, avec leurs terribles invasions, non seulement de grandes provinces asiatiques et africaines de l'Empire byzantin, mais aussi, simultanément, ils abattirent et occupèrent entièrement l'autre grand empire, la Perse des Sassanides. En théorie, il serait logique de penser aussi à une influence du droit sassanide : l'administration persane fournit aussitôt à l'administration musulmane quelques termes techniques, comme celui de « diwân » (chancellerie) ; le traitement que le deuxième calife, 'Omar (13-23 H./634-44 chr.) réserva tout de suite après la conquête à la terre de la Babylonie et de l'Iraq devint, selon le droit musulman, un modèle pour le régime de la propriété foncière dans les pays vaincus. Le droit musulman absorba, en outre, quelques termes techniques, par exemple, un synonyme (arabe) de la « bai' al-murâbahah » (vente à profit) est « dah yâzdah dah duwâzdah » (expression purement persane qui veut dire littéralement : « Dix onze, dix douze »), donc aussi bien « ribh » (avantage, profit) que « hatt » (baisse) ; ou « saftujah » (également d'origine persane) qui n'a pas d'autre équivalent arabe, et qui signifie « lettre d'échange bancaire ». Le régime des eaux, si fondamental pour un pays vivant exclusivement de l'irrigation, était dès avant l'Islam bien connu des Arabes, que l'Empire sassanide avait constitués sous forme d'Etat-tampon, pour la défense contre l'incursion bédouine, tout le long des confins de la Babylonie. Et, enfin, ce fut précisément dans la Mésopotamie et la Babylonie, qui fut le cœur de l'Empire sassanide, que vécurent et enseignèrent les fondateurs des deux écoles juridiques sunnites (hanfaite et hanbalite), ainsi que le fondateur de l'école sunnite châfi'ite, dans sa première phase (1) ; de même ceux qui construisirent les systèmes juridiques des diverses catégories des Chî'ites. En théorie abstraite serait donc possible l'influence du droit persan sassanide. Mais celui-ci est encore inconnu presque tout entier ; donc aucune déduction, pour le problème qui nous occupe, n'est possible.

Tout comme pour le droit arabe préislamique, ce ne serait pas chose absurde de penser à l'infiltration romano-hellénistique dans le droit sassanide, et par celui-ci à sa transmission au système islamique. Mais ce serait toujours dans le domaine de la conjecture, facile à faire, difficile à prouver.

5. Les similitudes entre les normes particulières du droit romain de l'âge de Justinien et celles du droit musulman sont abondantes, et quelquefois même impressionnantes ; mais je n'ai pas besoin, ici, de rappeler combien fallacieuse serait l'analogie extérieure, non corroborée par les éléments intrinsèques et par la documentation historique, alors même qu'on voudrait déterminer la dépendance (historique) d'un droit de l'autre ! Dans le cas

(1) Le fondateur de la quatrième grande école juridique sunnite, Mâlik, ne quitta jamais Médine. Le seul juriste, originaire du territoire ex-byzantin (dont l'école a depuis longtemps disparu), est al-Awzâ'î. Mais Dhahabi (dans *Tadhkirat al-huffâz*, I, 168) précise : « Vers la fin seulement de sa vie, il s'installa à Beyrouth comme combattant (*murâbit*), mais par son origine, il appartenait aux captifs apportés du Sindh » (en Pakistan de l'Ouest). [Traducteur.

particulier qui nous occupe, les chercheurs d'analogies, dans le but de prouver la dérivation de la grande partie du droit musulman du droit romain, ont négligé trois points fondamentaux pour la question :

a) Ils ont négligé les divergences, quelquefois notables, entre école et école, même en se limitant aux quatre écoles orthodoxes, en ce sens que les similitudes qu'elles ont avec le droit romain dans certaines normes se trouvent dans quelques écoles juridiques musulmanes seulement, et ne se rencontrent pas, pour la même norme, dans les autres écoles. Pour cette raison, il arrive que les études des non-Arabisants (comme Dareste, Kohler) indiquent quelquefois comme éléments typiques du droit musulman les simples particularités d'une seule école.

b) Ils ont omis de mettre également en relief, à côté des similitudes, les divergences (entre le droit romain et le droit musulman), qui constituent comme une pierre de touche pour la valeur des similitudes.

c) Ils ont perdu de vue la profonde différence qui existe entre le monde classique (européen) et le monde musulman, concernant la façon de concevoir le « droit » et ses sources ; et, pourtant, c'est cette variété qui nous expliquerait comment les idées et les institutions, profondément enracinées dans ce monde hellénistique conquis par les Arabes et qui formait la base principale (1) de la civilisation arabo-islamique, n'ont pas réussi à pénétrer dans le droit musulman (que ce soit « fiqh » ou non). Pour citer un exemple, c'est chose bien connue que, dans l'ambiance hellénistique, l'achat-vente est un contrat « réel », tandis que les écoles (juridiques) musulmanes sont unanimes à le considérer comme un contrat « consensuel » ; et cela ni par retour à la vraie (ancienne) conception romaine, ni parce qu'elles se sont toujours posé le problème de la distinction entre le négoce réel et le négoce consensuel, mais simplement sur la base d'un passage du Coran (4 : 33), où il est dit que les actes commerciaux (tijârah) devaient avoir lieu en vertu du consentement mutuel ('an tarâdin).

De même, ayant occupé avec une extrême rapidité les provinces les plus florissantes de l'Empire byzantin, les Arabes y trouvèrent très répandue l'institution de l'hypothèque — qui avait même passé dans le droit juif de « Michna » sous son nom grec : « ipothiqi » — mais malgré son importance pour la vie économique, cette institution n'a pas pu réussir à pénétrer dans l'Islamisme, sauf dans nos temps modernes, et même cela par l'effet de la législation européenne.

Non moins diffusés dans le monde hellénistique étaient les contrats emphytéotiques ; mais il fallut plusieurs siècles pour faire admettre par le droit musulman — mais non dans toutes ses écoles — leur légitimité, et cela par l'énorme extension prise par les biens-« waqf » et par les « iqtâ' » (fiefs gouvernementaux).

6. Beaucoup de gens ont également affirmé la dépendance du droit musulman du droit romain en tant que science ; plusieurs savants ont même imaginé qu'il aurait existé des traductions arabes des ouvrages du droit romain, et même des Pandectes que les juristes musulmans auraient étudiés et dont ils auraient tiré leurs normes et leurs systèmes. Aujourd'hui, on ne peut plus discuter une telle affirmation,

(1) L'auteur ne dit pas pourquoi ce monopole hellénistique, à l'exclusion de tous les autres pays occupés par les Arabes au même moment. On sait que lors du califat d'Othmân (année 26 H.), le territoire musulman s'étendait depuis l'Espagne jusqu'en Chine, y compris l'Iran et partie de l'Inde. (Pour l'Espagne, voir Tabari ; pour la Transoxiane, voir Balâdhuri, qui parle également de l'Inde de l'Ouest.) Nous venons de voir que le territoire ex-byzantin n'a produit aucun juriste notable dans les premiers siècles de l'Islam. (Traducteur.)

dont l'absurdité historique est définitivement prouvée ; de même les résultats négatifs des recherches les plus récentes (1932), recherches conduites dans les littératures orientales (hébraïque, syriaque, copte, arabe, éthiopique), afin de retrouver les éléments utiles à la palingénésie des constitutions impériales (romaines) imaginée par le regretté Bonfante.

A part même l'absurdité historique, il est également curieux de constater que les défenseurs de telles idées n'ont pas pensé, avant tout, que les fortes analogies quant au classement des normes particulières dans les chapitres particuliers sont inévitables et nécessaires, quel que soit le droit des peuples civilisés ; et que, vice versa, les juristes arabes, travaillant sur les modèles des manuels du type romain, n'auraient jamais pu penser — en me limitant à quelques exemples du droit privé — à disperser le matériel concernant les mines ou les esclaves ou la propriété foncière en différents chapitres dans lesquels aucun juriste européen ne pouvait penser « a priori » à aller le chercher ; on n'aurait pas mis « ribâ » (intérêt, usure) en rapport avec l'achat-vente, etc. Il y a des signes évidents d'une élaboration autonome de la majeure partie du droit (musulman), élaboration qui, à mon avis, dépend des circonstances historiques du développement des institutions juridico-sociales m u s u l m a n e s, beaucoup plus que des théories juridiques abstraites.

7. Parmi les arguments en faveur de la thèse d'une profonde influence du droit romain sur le droit musulman, on a montré quelquefois aussi le fait de la rapidité et le plus grand développement des études juridiques et de la littérature juridique dans l'Islamisme, déjà au début du deuxième siècle de l'Hégire, et il serait justement inexplicable qu'un tel phénomène soit possible sans présupposer l'existence d'un modèle offert par la littérature romaine.

Mais en faisant ce raisonnement, on oublie que le mobile d'une telle ampleur et d'une telle efflorescence précoce ne fut pas un intérêt passionné pour le droit — entendu dans le sens occidental — car une telle tendance fait complètement défaut dans tout le Proche-Orient à cette époque, comme cela apparaît aussi par la médiocre production juridique du christianisme oriental. La cause de cette abondante production juridique (chez les Musulmans) était dans la conception même que Muhammad, et par-là ses sectateurs, avaient du droit, car le « fiqh » (droit musulman) était jugé partie intégrale de la science religieuse, et non pas une (simple) discipline profane (comme chez les Romains). Le très rapide développement du « fiqh » est un des aspects du grand développement des études religieuses, partant de l'exégèse coranique, et de la collection et de l'interprétation du « Hadîth », etc., etc.

8. Les défenseurs de la dépendance du droit musulman du droit romain, ou au moins d'une profonde action de ce dernier sur le droit musulman, ont dû établir d'abord, plus ou moins nettement, comment cette dépendance ou cette grande influence se serait produite.

Quant aux juristes, ils s'en remettent à l'hypothèse des traductions arabes des livres du droit romain (hypothèse complètement démentie par les faits) ou, au moins, de la continuation des traditions des fameuses écoles juridiques d'Alexandrie et de Beyrouth — bien que ces écoles fussent fermées déjà au siècle précédant la conquête arabe. Beaucoup moins loin de la vérité historique furent les Islamisants, puisqu'ils pensaient à la pratique judiciaire des tribunaux existant au moment de la conquête, ainsi qu'aux Chrétiens et aux Juifs convertis à l'Islam. Mais avant toute hypothèse, il serait nécessaire de proposer et de résoudre certains graves problèmes historiques : Quel était l'état réel des organisations judiciaires en Palestine et en Syrie au moment où les Arabes subjuguèrent ces pays ? Etaient-elles encore en fonction, ou plutôt, dans beaucoup d'endroit n'étaient-elles pas déjà abandonnées aux ecclésiastiques dont bien peu,

nous le savons, étaient en Orient instruits dans les matières juridiques ? Et ne semble-t-il pas résulter des histoires arabes que la presque totalité des magistrats civils et judiciaires byzantins, seuls vrais connaisseurs de la science du droit, avaient abandonné le pays à peine l'invasion arabe commencée ? N'en voyons-nous pas la preuve dans la reddition des villes faite par l'intermédiaire des évêques au lieu des fonctionnaires civils désormais en fuite ?

Je n'ai pas besoin d'insister sur l'importance capitale de ces questions pour le problème qui m'occupe ici.

Mais sur un autre point encore il faut brièvement attirer votre attention :

Dans les diverses discussions autour des éventuels rapports étroits entre le droit musulman et le droit romain, ou de la dépendance du premier, on a présupposé, de façon explicite ou implicite, deux choses qui ne correspondent pas à la réalité : Que l'administration de la justice procédât d'une façon bien ordonnée durant le premier siècle de la conquête arabe, et que les nouveaux maîtres se souciassent de cette administration pour le bénéfice de leurs sujets non musulmans. Au contraire, ce fut le principe de la vraie non-intervention qui fut suivi ; c'est un principe coranique : « De telle religion de telle loi » (cf. Coran, 5 : 44-49). Ainsi, dans l'hypothèse, historiquement non soutenable, d'un régulier fonctionnement des tribunaux épiscopaux et rabbiniques — régulier dans le sens d'observance précise du droit romain par les premiers — il manquerait aux Arabes l'occasion d'en tirer enseignement. De même manqueraient aux Arabes les intérêts économiques communs, qui auraient pu porter à une bonne entente entre les conquérants et les conquis dans le domaine du droit patrimonial ; car, pour de longues années après les conquêtes, les Arabes continuèrent à garder les charges du gouvernement : fonctionnaires et soldats seulement, et non pas celles d'agriculteurs, de commerçants, de propriétaires des terres consacrées à la culture. Les terrains domaniaux furent, certes, concédés comme fiefs aux personnages militaires, mais l'Arabe titulaire du fief se bornait à exiger le rendement des administrateurs chrétiens (de sa terre). Si des contrats agricoles se faisaient, si des litiges surgissaient, les (deux) parties étaient chrétiennes ; et la justice musulmane de la période de la formation du droit musulman, dans le premier siècle de l'Hégire, n'avait pas à s'en occuper ; si cependant on s'en occupait, les litiges étaient jugés sur la base des lois propres aux Musulmans, et non pas sur celle du droit des chrétiens.

D'autre part, ce n'est pas dans le domaine du droit que fut l'apport notable des nouveaux convertis à l'Islam. Dans la période qui a une importance pour notre problème, ils étaient seulement des « mawâlî » (clients), juridiquement inférieurs aux Arabes, et ne furent pas élevés aux fonctions judiciaires (1).

Dans de telles conditions historiques, il n'est pas étonnant que l'influence du droit romain, sauf une partie de la disposition administrative, ne pouvait être notable dans la formation du droit islamique.

(1) Contrairement à ce qui est vrai des systèmes grec et romain, où le client est inférieur à son patron, la langue arabe depuis déjà l'époque préislamique n'avait qu'un seul mot : « mawlà » (pluriel : « mawâlî » pour désigner le patron aussi bien que le client (comme notre mot « voisin »). A l'époque islamique, il n'y a pas eu une discrimination raciale contre les « nouveaux convertis » parmi les Grecs, les Syriens, les Iraniens, etc., car on les voit partout dans les domaines les plus strictement islamiques, comme l'enseignement du Coran et du Hadith. Si ces « nouveaux convertis » ne se rencontraient vraiment pas comme juges des tribunaux musulmans, la raison ne serait que leur propre manque d'intérêt aux études juridiques — dont notre auteur lui-même a parlé quelques lignes plus haut — et non une discrimination quelconque de la part des Arabes conquérants. (Traducteur.)